

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'utilisation des contenus postés sur les réseaux sociaux comme éléments de preuve d'un dommage

Michel, Alejandra

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Michel, A 2017, 'L'utilisation des contenus postés sur les réseaux sociaux comme éléments de preuve d'un dommage: note sous Liège (8e ch.), 16 février 2016 ', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 65, p. 91-112.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Liège (8^e ch.), 16 février 2016

Note d'observations de Alejandra Michel¹

VIE PRIVÉE – DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL – FACEBOOK – CARACTÈRE PUBLIC OU PRIVÉ DES CONTENUS DE RÉSEAUX SOCIAUX – RECEVABILITÉ DE LA PREUVE

PRIVACY – PERSONAL DATA – FACEBOOK – PUBLIC OR PRIVATE CONTENTS ON SOCIAL NETWORKS – ADMISSIBILITY OF EVIDENCE

Dès lors que la plupart des photos ont été mises par la partie civile elle-même sur son compte «facebook», permettant ainsi l'accès à un grand nombre de personnes dont elle acceptait l'anonymat, et que ces photos ont été prises lors de festivités dont il n'est pas soutenu qu'il s'agissait de réunions à caractère privé, la partie civile ne peut prétendre à une violation de son droit à l'image.

Partant, la production par le prévenu des photos représentant la partie civile est légale.

Quand bien même l'obtention et/ou la production des photos serait illégale, il n'y aurait pas lieu de les écarter des débats pour ce motif, dès lors qu'aucune forme prescrite à peine de nullité n'a été violée, que l'irrégularité ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable et que la fiabilité de la preuve n'est pas affectée par la prétendue irrégularité.



Since most of the pictures were put by the plaignant itself on his "facebook" account, allowing access to a large number of people whom he accepted anonymity, and the pictures were taken during festivities which were not private meetings, the plaignant can't claim a violation of his image rights.

Therefore, the production by the accused person of pictures representing the civil party is legal.

Even if obtaining and/or producing pictures would be illegal, there would be no reason to disregard them for this reason, since no form prescribed under penalty of nullity has been violated, that the irregularity does not affect the right to a fair trial and that the reliability of the evidence is not affected by the alleged irregularity.

ANTÉCÉDENTS ET PROCÉDURE

Par jugement du tribunal correctionnel de Liège du 8 septembre 2011, rendu contradictoirement à l'égard de toutes les parties et non frappé d'appel, la prévention mise à charge du prévenu (...), soit d'avoir, à Liège, le 27 mai 2009, volontairement et avec préméditation fait des blessures ou porté des coups à (...) qui ont causé une maladie ou une incapacité de travail personnel à

la victime, a été déclarée établie sur le plan pénal. Sur le plan civil, le tribunal correctionnel a condamné le prévenu (...) à payer à la partie civile (...) la somme provisionnelle de 2.000 EUR et a, pour le surplus, désigné le docteur Philippe (...) en qualité d'expert.

En cours d'expertise a surgi une question d'ordre juridique dès lors que le prévenu (...) entend faire état de photos relevées sur deux sites internet, montrant la partie civile à des fêtes estudiantines après les faits, alors que cette dernière estime que la produc-

¹ Chercheuse au CRIDS (Centre de Recherches Information Droit & Société), Namur.

JURISPRUDENCE

tion desdites photos, outre l'incertitude quant à leur authenticité, est illégale.

Au vu de cette discussion, la question litigieuse a été portée devant le premier juge. Par jugement du 17 octobre 2013, le tribunal correctionnel a dit pour droit que le dossier photographique ne peut être utilisé dans le cadre de l'expertise ordonnée et, par conséquent, a ordonné l'écartement desdites photographies des débats. Dans sa motivation, le premier juge a estimé que celles-ci ne contribuent pas à l'appréciation de l'étendue du dommage allégué dès lors qu'elles sont subjectives, clichant une situation instantanée qui est sortie de son contexte, et qu'elles échappent à toute rigueur scientifique.

Le prévenu a interjeté appel de cette décision.

La cause a été fixée devant la cour sur la base de l'article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

DISCUSSION

L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans les formes et délai légaux.

La partie civile s'oppose au dépôt des photographies au motif que leur production, par le prévenu, serait illégale pour violation, d'une part, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et, d'autre part, du droit à l'image.

La cour ne peut suivre cette argumentation.

En ce qui concerne la loi du 8 décembre 1992, sans se pencher sur la question de savoir si la photographie de la partie civile répond à la définition de la notion de « donnée à caractère personnel » et le dépôt de ces photographies dans le cadre de l'expertise à la définition de la notion de « traitement », telles que définies à l'article 1^{er} de la loi précitée, force est de constater que le prévenu entend effectuer le dépôt dans le cadre d'une procédure judiciaire qui l'oppose à la partie civile.

Ce faisant, il agit à des fins exclusivement personnelles, de telle sorte que la loi du 8 décembre 1992 ne s'applique pas, conformément à son article 3, § 2.

Dès lors que la cour conclut à la non-application de la loi du 8 décembre 1992, elle n'entrera pas dans la

discussion relative aux conditions imposées par cette loi.

Quant à la prétendue violation du droit à l'image, la cour relève, à nouveau, que le prévenu n'entend nullement publier ou diffuser des photos de la partie civile sans son consentement mais que la production des photos par le prévenu se fait uniquement dans le cadre de la présente procédure, limitée aux parties à la cause, en vue d'établir l'absence de fondement, à tout le moins partiel, de la réclamation de la partie civile. À cet égard, il y a lieu de rappeler que, sur le plan civil, les deux parties sont tenues à un devoir de loyauté et il ne peut être question d'un accord préalable de la partie civile portant sur la production de documents, lesquels pourraient être défavorables à sa thèse, et par là même pourrait faire triompher son adversaire.

Au demeurant, la plupart des photos ont été mises par la partie civile elle-même sur son compte « facebook », permettant ainsi l'accès à un grand nombre de personnes dont elle acceptait l'anonymat et parmi lesquelles se trouve le prévenu.

Par ailleurs, les photos ont été prises lors de festivités dont il n'est pas soutenu qu'il s'agissait de réunions à caractère privé, accessibles uniquement sur invitation.

Dans ces conditions, la partie civile ne peut prétendre à une violation de son droit à l'image.

Partant, la production par le prévenu des photos représentant la partie civile est légale.

Surabondamment, la cour constate que, quand bien même l'obtention et/ou la production des photos serait illégale, il n'y aurait pas lieu de les écarter des débats pour ce motif, dès lors qu'aucune forme prescrite à peine de nullité n'a été violée, que l'irrégularité ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable et que la fiabilité de la preuve n'est pas affectée par la prétendue irrégularité.

En ce qui concerne cette dernière condition, la cour souligne que l'absence de fiabilité invoquée par la partie civile, à savoir l'absence de preuve d'authenticité, si elle devait être avérée, ne résulterait pas de la prétendue illégalité en raison de l'absence de son consentement mais de la nature du document produit. Cette question de la fiabilité des photos sera abordée ci-après.

Partant, il n'y a pas lieu d'écarter les photos des débats en raison d'une illégalité.

À titre subsidiaire, la partie civile invoque, comme il a été relevé ci-dessus, un manque d'authenticité.

En ce qui concerne les photos issues du site internet du home d'étudiants, force est de constater que, telles que produites et apparement en absence de tout moyen de vérification *a posteriori*, rien ne permet de les situer de manière fiable dans le temps, de telle sorte qu'aucune valeur probante ne peut leur être accordée.

Toutefois, cet argument ne vaut pas pour les photos publiées par la partie civile elle-même sur son compte «facebook». En effet, sur ce site, on distingue clairement la date et la nature de l'évènement, inscrites par le titulaire du compte «facebook», ainsi que la date de la publication.

Dès lors qu'il n'est pas soutenu que le compte «facebook» de la partie civile aurait été piraté ou qu'un tiers aurait été chargé des inscriptions personnelles; il y a lieu de conclure que c'est la partie civile elle-même qui s'en est chargée.

L'argument avancé par la partie civile que des logiciels de retouches photographiques seraient à la portée de tout un chacun, de telle sorte qu'il pourrait y avoir manipulation ou correction photographique, est purement théorique et ne convainc pas, dès lors que, confrontée à l'affirmation du prévenu devant l'expert que des photos la montrent deux jours après l'agression à un barbecue, la partie civile a admis y être passée dire bonjour, sans rester pour manger.

Par conséquent, seules les photos en provenance du site du home d'étudiants seront écartées en raison d'un manque de fiabilité.

Enfin, la cour précise que les photos sont admises aux débats dès lors qu'elles font partie des éléments contextuels et contribuent ainsi à permettre à l'expert d'évaluer l'étendue du dommage subi par la partie civile et qu'il appartient aux parties, le cas échéant assistées de leurs conseils techniques respectifs, outre leurs avocats, de discuter librement l'impact des éléments contextuels dans le cadre de l'expertise.

Dès lors que la question litigieuse a été soulevée dans le cadre de l'expertise ordonnée par le premier juge et qu'aux termes des conclusions des parties, la saisine de la cour, par l'appel, se limite à l'examen de cette question afin de poursuivre la mesure d'expertise, la cour n'est pas saisie du fond du litige par l'effet dévolutif de l'appel.

Par ces motifs,

La cour, statuant contradictoirement, dans les limites de sa saisine,

Réformant le jugement entrepris,

Reçoit l'appel,

Dit que seules les photos en provenance du site «myspace.com» seront écartées des débats.

Dit pour droit que la mission d'expertise confiée au docteur Philippe (...) se poursuit désormais dans les limites fixées par le présent arrêt.

Réserve les frais et les dépens d'appel.

Renvoie la cause en prosécution devant le tribunal de première instance de Liège, division Liège, siégeant en matière correctionnelle.

Note d'observations²

L'utilisation des contenus postés sur les réseaux sociaux comme éléments de preuve d'un dommage

INTRODUCTION

Depuis leur avènement, les réseaux sociaux sont devenus une véritable tribune pour les internautes qui n'hésitent plus à s'y exprimer et à y étaler leur vie privée. En effet, sur ces nouvelles plateformes, nous assistons à un phénomène d'« exhibitionnisme » de la vie privée des citoyens. Nombreux sont ceux qui ne mesurent pas l'impact des propos et des contenus qu'ils diffusent sur les réseaux sociaux. Les contenus postés par les utilisateurs des réseaux sociaux peuvent être utilisés à divers titres dans le cadre de procédures judiciaires : conflits dans le cadre des relations de travail³, licenciements de travailleurs pour des propos tenus en ligne⁴, rejet de la déduction fiscale de frais faussement qualifiés de professionnels⁵, *Tweets* injurieux ou constitutifs de propos racistes ou discriminatoires⁶, ou

encore évaluation du préjudice subi suite à une bagarre⁷.

Les réseaux sociaux constituent une base de données sans précédent. Les internautes n'hésitent d'ailleurs pas à s'en servir pour y glaner des éléments de preuve au détriment des auteurs de publications ou des personnes visées par celles-ci. En effet, ces nouveaux canaux de communication et de diffusion d'informations constituent un instrument de preuve séduisant de nombreuses personnes. Par conséquent, l'utilisation des réseaux sociaux fait surgir des problématiques, en droit de la preuve, dont les juristes doivent se saisir. Perd-on son droit à la protection de la vie privée lorsque l'on s'expose volontairement sur les réseaux sociaux? Quel est le statut des contenus diffusés via les réseaux sociaux? Possèdent-ils un caractère public ou privé? Sont-ils recevables en tant qu'éléments de preuve devant un juge? La collecte de telles preuves est-elle loyale ou constitue-t-elle une violation de la vie privée de la personne concernée?

L'arrêt de la cour d'appel de Liège rendu le 16 février 2016 est l'occasion de se pencher sur la problématique de l'utilisation des publi-

² Alejandra Michel. Chercheuse au CRIDS (Centre de Recherches Information Droit & Société), Namur.

³ K. ROSIER, « Droit de réserve et Facebook », *B.S.J.*, 2012/487, p. 11.

⁴ S. GILSON, « Liberté d'expression du travailleur (suite): et sur les réseaux sociaux? », *B.S.J.*, 2012/475, p. 5; S. GILSON, « Facebook: ne pas se mettre dos au mur... », *B.S.J.*, 2013/503, p. 6; S. GILSON, « Tweet fatal », *B.S.J.*, 2014/532, p. 5; K. ROSIER, « Licenciée pour des propos à connotation raciste sur Facebook: l'appréciation du tribunal du travail de Namur », *B.S.J.*, 2011/452, p. 5; K. ROSIER, « Licenciement d'un travailleur pour des propos critiques tenus sur Facebook », *B.S.J.*, 2014/516, p. 6.

⁵ R. FAVEL, « Le fisc et les réseaux sociaux sur Internet... », *Sem. Fisc.*, 2011/21, p. 3.

⁶ J.-J. BERTRAND, « Réseaux sociaux: espace public ou espace privé? », le 16 mai 2013, consulté le 17 novembre 2016, disponible sur <http://www.bertrand-sport-avocat.com/droit/breves-juridiques/reseaux-sociaux-espace-public-ou-espace-prive.html>.

⁷ X., « Cour d'appel de Liège: un arrêt sur l'utilisation de photos de Facebook en justice », le 2 février 2016, consulté le 16 novembre 2016, disponible sur https://www.rtbfb.be/info/regions/liege/detail_une-victime-s-oppose-a-l-utilisation-de-photos-de-facebook-en-justice-un-arret-va-etre-prononce-a-liege?id=9202888.

cations issues des réseaux sociaux comme preuves dans le cadre d'une affaire correctionnelle. Cette décision s'inscrit dans le prolongement d'une bagarre entre deux étudiants. La victime – qui s'est retrouvée dans l'incapacité de présenter ses examens – a raté son année académique⁸. Au pénal, par un jugement rendu le 8 septembre 2011, le tribunal correctionnel de Liège a condamné le prévenu pour coups et blessures volontaires ayant entraîné une maladie ou une incapacité de travail. Afin de réparer le préjudice causé, le prévenu a été condamné à payer 2.000 euros à la victime à titre provisionnel et un expert a été désigné pour le surplus. Durant l'expertise, pour limiter l'indemnisation due, l'auteur des coups a souhaité utiliser des photos issues du profil Facebook de la victime sur lesquelles elle participait à une soirée deux jours après l'agression. Le prévenu estimait avoir le droit d'utiliser comme preuves en justice les photos issues du réseau social, alors que la victime s'opposait à l'utilisation de tels clichés et invoquait une violation de la loi du 8 décembre 1992 et du droit à l'image.

Dans le présent commentaire, après avoir évoqué le rapport ambigu entre les réseaux sociaux et le droit au respect de la vie privée (I), nous traiterons du sort à donner aux preuves récoltées sur ces plateformes et de l'incidence de leur utilisation pour la vie privée (II).

I. LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE FACE À L'EXHIBITIONNISME SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX

A. L'exhibitionnisme sur les réseaux sociaux

Dans notre société toujours plus interconnectée, il est certain que les réseaux sociaux prennent de plus en plus d'importance dans la vie quotidienne des internautes. C'est d'ailleurs le constat que dresse le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans la recommandation sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux, tout en reconnaissant les bienfaits de tels réseaux dans la promotion de la liberté d'expression de tout un chacun⁹.

Parallèlement, dans le cadre de leur utilisation des réseaux sociaux, nombreux sont ceux qui y étalent leur vie privée sans la moindre appréhension. Ce phénomène paraît quelque peu surprenant, à l'heure où la société paraît de plus en plus concernée par le problème de la protection de la vie privée. En effet, sur les réseaux sociaux, les utilisateurs postent bien souvent des contenus les concernant, relevant principalement de leur vie privée¹⁰, sur une base tout à fait volontaire¹¹. Or, le droit au respect de la vie privée suppose en principe que « tout un chacun veuille conserver

⁸ X., « Cour d'appel de Liège: un arrêt sur l'utilisation de photos de Facebook en justice », *op. cit.* (voy. note 7); X., « Cour d'appel de Liège: des photos issues de Facebook peuvent être utilisées en justice », le 16 février 2016, consulté le 16 novembre 2016, disponible sur https://www.rtbef.be/info/regions/liege/detail_cour-d-appel-de-liege-des-photos-issues-de-facebook-peuvent-etre-utilisees-en-justice?id=9214838.

⁹ Recommandation CM/Rec(2012)4 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux, adoptée par le Comité des ministres le 4 avril 2012 lors de la 1139^e réunion des Délégués des ministres, §§ 1-2, disponible sur https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805caaad.

¹⁰ G. DESGENS-PASANAU, *La protection des données à caractère personnel: La loi «informatique et libertés»*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 14; J.-M. MANACH, *La vie privée, un problème de vieux cons?*, Paris, Fyp, 2010, p. 35.

¹¹ L. PAILLER, *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, coll. Droit des technologies, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 106 et 110; K. ROSIER, « Licenciée pour des propos... », *op. cit.* (voy. note 4), p. 5.

JURISPRUDENCE

une certaine confidentialité aux informations le concernant, tout comme aux discussions auxquelles il prend part»¹². Une telle situation conduit donc à s'interroger sur l'existence éventuelle d'une atteinte à la vie privée, lorsque les données privées d'un internaute sont réutilisées par des tiers, alors que cet internaute s'était de lui-même un peu trop exhibé sur Internet¹³.

Ainsi, bien que les réseaux sociaux se prévalent de l'exercice des droits de l'homme, leur usage a également pour conséquence de menacer certains de ceux-ci¹⁴. Il est un truisme que de dire que les violations de la vie privée sont légions sur les réseaux sociaux: abus et violations de données à caractère personnel sont quotidiennement commis¹⁵ sur ces nouvelles plateformes, dont le *business model* est précisément fondé sur l'exploitation des données des utilisateurs. Toutefois, il est indéniable que ces abus et violations peuvent rarement – pour ne pas dire jamais – être imputés aux sociétés détenant et gérant les réseaux sociaux. Il est donc primordial d'informer et de mettre en garde les internautes sur les risques qu'ils encourent, surtout au regard de la protection de leurs données personnelles, en s'exposant de la sorte sur le *net*^{16 17}.

B. Les données à caractère personnel diffusées sur les réseaux sociaux

Les réseaux sociaux, *Facebook* en tête, sont, principalement mais pas exclusivement, alimentés par une multitude de données à caractère personnel¹⁸. Au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992, il s'agit d'informations «concernant une personne physique identifiée ou identifiable»¹⁹. Cette disposition précise ensuite qu'«est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale»²⁰.

Il est indéniable que la plupart des contenus diffusés par les internautes au travers des diverses plateformes d'échanges concernent des données à caractère personnel. Il en va ainsi des noms, prénoms et photos de profil utilisés pour illustrer la page personnelle d'un utilisateur, des diverses autres photos publiées (photos de vacances, de soirées entre amis, de fêtes de fin d'année en famille ou encore d'anniversaires), des opinions religieuses ou politiques des utilisateurs, des informations personnelles que le titulaire du profil peut divulguer grâce à un statut *Facebook*, etc.

¹² K. ROSIER, «Licenciée pour des propos...», *op. cit.* (voy. note 4), p. 5.

¹³ L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), p. 110.

¹⁴ Recommandation CM/Rec(2012)4 du Comité des ministres aux États membres, *op. cit.* (voy. note 9), §§3-4.

¹⁵ P. LE GUYADER, *Protection des données sur Internet*, Paris, Lavoisier, 2013, p. 17; L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), p. 20.

¹⁶ P. LE GUYADER, *op. cit.* (voy. note 15), p. 31.

¹⁷ C'est pourquoi, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe déclare que «l'éducation aux médias est particulièrement importante dans le domaine des services de réseaux sociaux pour faire prendre conscience aux utilisateurs de leurs droits lorsqu'ils utilisent ces outils, ainsi que pour leur permettre d'acquérir ou de renforcer les valeurs des droits de l'homme et de développer les comportements indispensables au respect des droits et libertés d'autrui».

Voy. Recommandation CM/Rec(2012)4 du Comité des ministres aux États membres, *op. cit.* (voy. note 9), § 4.

¹⁸ J.-P. MOINY, «Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données», *R.E.D.C.*, 2010/2, p. 241.

¹⁹ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016, art. 1^{er}, § 1^{er}.

²⁰ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016, art. 1^{er}, § 1^{er}.

Bien qu'en l'espèce, dans l'arrêt commenté, l'étudiant «victime» de la bagarre ait de lui-même publié sur *Facebook* une photo de lui apparaissant en soirée et rendant ainsi peu crédible son incapacité de travail, il importe d'également s'intéresser à la question des données à caractère personnel diffusées par autrui sur les réseaux sociaux.

Ces différentes données propres à chaque utilisateur sont «susceptibles de révéler diverses facettes de son identité»²¹ et permettent, dès lors, d'identifier, directement ou indirectement, la personne concernée. Par conséquent, lorsqu'il diffuse des données personnelles concernant autrui sur les réseaux sociaux, l'internaute doit se conformer à la législation en matière de protection des données à caractère personnel. Il peut en effet être considéré comme un responsable de traitement²² que la loi du 8 décembre 1992 définit comme «la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel»²³. Dès lors, l'internaute possédant un pouvoir de décision en matière de traitement de données est soumis au respect de toutes les obligations légales

pour la protection des données personnelles, telles que les principes de légitimité, nécessité, proportionnalité et sécurité ainsi que l'obligation de tenir un registre écrit des activités de traitement²⁴.

À cet égard, se pose la question de savoir si l'internaute peut bénéficier de l'exception pour activité exclusivement personnelle ou domestique²⁵. En effet, l'article 3, paragraphe 2, de la loi du 8 décembre 1992 indique que lorsque le traitement de données personnelles est réalisé par une personne physique dans le cadre de «l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques», la loi n'est pas applicable²⁶. Néanmoins, dans l'arrêt *Lindqvist*, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'une telle exception au champ d'application de la législation sur la protection des données ne trouvait pas à s'appliquer au «traitement de données à caractère personnel consistant dans leur publication sur Internet de sorte que ces données sont rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes»²⁷. Selon certains auteurs, que nous rejoignons, l'utilisation d'une page *Facebook* accessible

²¹ J.-P. MOINY, *op. cit.* (voy. note 18), p. 242.

²² J.-P. MOINY et Y. POULLET, «Les réseaux sociaux, le droit et les volontés qui les animent», in *Social Media: le droit ou l'anarchie?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 27; J.-P. MOINY, *op. cit.* (voy. note 18), p. 250.

²³ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016, art. 1^{er}, § 4. Prêtons attention au fait que le Règlement Général sur la Protection des Données entrera en vigueur le 25 mai 2018. Voy. règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*, 4 mai 2016, art. 4 (7).

²⁴ Voy. loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016. Voy. aussi règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*, 4 mai 2016, art. 24 et s.

²⁵ J.-P. MOINY, *op. cit.* (voy. note 18), p. 251.

²⁶ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016, art. 3, § 2.

²⁷ C.J.U.E., 6 novembre 2003, aff. *Hovrätt c. Lindqvist*, C-101/01, § 47, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0101:FR:PDF>, cité par J.-P. MOINY, *op. cit.* (voy. note 18), p. 251.

JURISPRUDENCE

à un nombre raisonnable et limité d'«amis» pourrait se voir octroyer le bénéfice de l'exception²⁸ et être exemptée en vertu de l'article 3 de la loi du 8 décembre 1992, car cette activité relève bien évidemment du cadre personnel. Par conséquent, le titulaire du profil ne sera pas contraint de respecter les diverses obligations imposées au responsable du traitement²⁹. Cela ne signifie toutefois pas qu'il est en droit d'agir comme il le veut car le respect du droit à la vie privée d'autrui vaut toujours selon l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁰.

C. Le caractère public ou privé des publications sur les réseaux sociaux

Le caractère public ou privé des contenus postés sur les réseaux sociaux fait l'objet de vives controverses. Pourtant, la question de savoir si de tels contenus appartiennent à la sphère privée ou à la sphère publique est cruciale. En effet, il est primordial de tracer la frontière entre espace privé et espace public afin d'apprécier une éventuelle violation de la vie privée de la personne faisant l'objet de publications sur des réseaux sociaux. Il convient dès lors de se pencher sur les éventuels critères pertinents pour distinguer, au sein des réseaux sociaux, les éléments publics de ceux demeurant privés.

(i) Un caractère *per se* public

D'aucuns estiment que toutes les données et informations exposées sur les réseaux sociaux ne peuvent plus appartenir à la sphère privée puisqu'elles sont par essence publiques³¹. Dans

ce sens, citant H. Roy, J.-M. Manach rappelle que «Facebook est principalement un outil de partage, à partir de là, toutes les discussions sur la vie privée ou sur la protection des données est illusoire, contradictoire et un peu ridicule [...] Ce que les gens publient sur Internet est public. Ce qui est intime et relève de la vie privée doit rester privé et n'a pas vocation à être publié»³². Dans le même sens, le tribunal du travail de Namur a rendu un jugement le 10 janvier 2011 concernant des messages postés sur un «mur» Facebook ouvert aux seuls amis du titulaire du profil³³. Étant donné que ces commentaires étaient émis sur un site qualifié d'«ouvert», le tribunal fut d'avis que de tels messages ne ressortaient pas de la sphère privée mais bien de la sphère publique³⁴. D'ailleurs, la tendance de la jurisprudence belge était auparavant de considérer les réseaux sociaux comme présentant un caractère public, sans même s'interroger sur un éventuel espace privé³⁵.

Selon cette vision des choses, il n'est dès lors pas possible d'invoquer une violation de la vie privée si des données ou informations diffusées sur les réseaux ont été utilisées par la suite. En effet, le simple fait de diffuser des données personnelles sur Internet conférerait *de facto* un caractère public à ces données. Cela paraît sévère et, à notre estime, il convient de nuancer quelque peu la solution: pour apprécier le caractère public ou privé d'une

²⁸ J.-P. MOINY, *op. cit.* (voy. note 18), p. 252.

²⁹ À cet égard, voy. le prescrit des dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016.

³⁰ J.-P. MOINY, *op. cit.* (voy. note 18), p. 252.

³¹ J.-M. MANACH, *op. cit.* (voy. note 10), pp. 37 et 38; L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), pp. 123, 124 et 128. *A contra-*

rio, certains auteurs sont d'avis que les publications issues des réseaux sociaux ont un caractère par essence privé, voy. N. LAMBERT et O. RIJCKAERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, coll. Études pratiques de droit social, Bruxelles, Kluwer, 2012, p. 138.

³² J.-M. MANACH, *op. cit.* (voy. note 10), pp. 37 et 38.

³³ Trib. trav. Namur (2^e ch.), 10 janvier 2011, *R.D.T.I.*, 2012, n° 46, p. 85, note K. ROSIER.

³⁴ Trib. trav. Namur (2^e ch.), 10 janvier 2011, *précité*, p. 87.

³⁵ S. GILSON, «Facebook: privé ou public?», *B.S.J.*, 2013/499, p. 4.

page de réseau social, il est primordial de tenir compte des circonstances de fait et d'opérer une appréciation *in concreto* à l'aide des différents critères que nous allons à présent déterminer et analyser.

(ii) Les critères de la publicité effective et de la volonté de l'auteur

Dans un arrêt du 13 janvier 2015, la cour d'appel de Bruxelles a eu à se prononcer sur le caractère privé ou public d'un *post* issu d'un mur *Facebook*³⁶. En l'espèce, il s'agissait d'un conflit opposant deux écrivains: le premier avait rédigé un pamphlet présentant des propos qualifiés de diffamants à l'égard du second, dont le nom n'était toutefois pas expressément cité. Pour dénoncer les propos tenus par son détracteur, l'écrivain diffamé avait décidé de scanner le pamphlet et de le diffuser avec un commentaire injurieux sur son profil *Facebook* à destination d'un cercle restreint d'amis. Son *post* comprenait également un hyperlien permettant d'accéder à l'intégralité de l'écrit. Il avait estimé que son acte était dénué de toute atteinte méchante ou frauduleuse, puisque son but était simplement de dénoncer les propos dont il avait été victime.

La cour d'appel de Bruxelles a condamné la personne diffamée, ayant pris l'initiative de publier le texte via *Facebook*, pour atteinte au droit d'auteur et intention méchante. Elle a, en effet, considéré que l'on ne pouvait pas parler en l'espèce de communication privée à des fins personnelles et que le prévenu – étant également éditeur – ne pouvait ignorer la législation en vigueur³⁷. La Cour a indiqué que le prévenu «devait avoir conscience de l'impact que pouvait avoir le message qu'il avait

placé sur *Facebook* et dont il devait savoir qu'il atteindrait une plus large communauté d'internautes que ses quelques "amis" ou son cercle de "famille"»³⁸.

En matière sociale, la cour du travail de Bruxelles a également été amenée à se prononcer sur le caractère à conférer à des publications postées sur un groupe *Facebook*³⁹. En l'espèce, il s'agissait d'un travailleur licencié pour motif grave suite à des propos tenus sur un groupe librement accessible à tous les utilisateurs de *Facebook*, mais comptant à peine une vingtaine de membres inscrits. Bien que la cour n'ait pas contesté que «les échanges sur un forum de discussion non sécurisé d'un site Internet [soient] potentiellement accessibles à tout utilisateur» et que «toute personne naviguant sur Internet aurait été susceptible d'aboutir sur l'une de ces pages»⁴⁰, elle a pris en considération d'autres critères pour atténuer les conséquences de tels échanges publics. En effet, la Cour a estimé que «l'absence d'effectivité de la publicité reçue par les messages mis sur la page du groupe de discussion et surtout l'absence de volonté de [l'auteur des messages] de les rendre publics sont des éléments à prendre en considération [...]»⁴¹.

Deux critères sont donc venus nuancer l'appréciation, par la cour du travail de Bruxelles, du caractère public des publications issues d'un réseau social: d'une part, la circonstance que l'auteur ignorait que des personnes non inscrites sur le groupe avaient potentiellement accès à ses propos, alors qu'il n'avait pas la

³⁶ Bruxelles (14^e ch. corr.), 13 janvier 2015, *A&M*, 2015/3-4, p. 290.

³⁷ Bruxelles (14^e ch. corr.), 13 janvier 2015, *précité*, p. 291.

³⁸ Bruxelles (14^e ch. corr.), 13 janvier 2015, *précité*, p. 291.

³⁹ Cour trav. Bruxelles (2^e ch.), 4 mars 2010, *R.D.T.I.*, 2012, n° 46, p. 73, note K. ROSIER.

⁴⁰ Cour trav. Bruxelles (2^e ch.), 4 mars 2010, *précité*, p. 77.

⁴¹ Cour trav. Bruxelles (2^e ch.), 4 mars 2010, *précité*, p. 77.

volonté de les rendre publics et, d'autre part, la publicité restreinte conférée à de tels propos.

Une divergence apparaît donc entre ces deux arrêts. Dans l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, rendu en matière pénale, bien qu'en l'espèce seules les personnes agréées par le titulaire du profil pouvaient accéder aux contenus de son « mur » Facebook, la Cour a estimé que l'internaute devait être conscient que des tiers pouvaient également prendre connaissance de tels contenus. Par contre, dans l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles, en matière sociale, la cour a précisément tenu compte de la circonstance que l'auteur n'avait pas conscience de la publicité conférée à ses propos, dont des tiers pouvaient aussi potentiellement prendre connaissance, pour atténuer les conséquences des propos tenus par le travailleur à l'égard de son employeur. À notre estime, cette divergence peut s'expliquer par le fait qu'en matière pénale, les infractions sont définies par la présence d'un élément moral aux côtés de l'élément matériel.

(iii) Le critère des paramètres de confidentialité choisis par le titulaire du profil

Avant toutes choses, il est important de noter que les réseaux sociaux offrent des « paramètres de confidentialité »⁴² à leurs utilisateurs, leur permettant de sélectionner la publicité qu'ils souhaitent conférer à leur profil et aux divers contenus y figurant. Prenons l'exemple de Facebook qui propose cinq paramètres de confidentialité à ses membres, allant du profil public par excellence au profil dont l'accès est entièrement réservé à son seul titulaire: « tout

le monde », « amis et leurs amis »⁴³, « amis », « personnalisé »⁴⁴ et « moi uniquement ».

Malgré l'existence de ces paramètres de confidentialité, certains mettent toutefois en garde les internautes sur leur caractère illusoire⁴⁵. D'une part, ce n'est pas parce que le titulaire du profil a sécurisé l'accès à sa page personnelle que cela empêche ceux qui y ont accès de divulguer le contenu d'un profil de réseau social à ceux auxquels l'accès est refusé⁴⁶. D'autre part, il ne faut pas oublier que le contrôle de ces paramètres repose *in fine* sur les épaules d'entreprises dont les ressources proviennent précisément de la commercialisation des données des utilisateurs⁴⁷. Par conséquent, il est nécessaire de rester méfiant à l'égard de ce que l'on choisit de diffuser sur Internet.

Par un jugement rendu en date du 17 novembre 2011, le tribunal du travail de Louvain a eu à se prononcer sur l'éventuelle violation du droit au respect de la vie privée d'un travailleur suite à

⁴³ Il convient de prêter attention à un tel paramètre de confidentialité car il est susceptible de recouvrir des milliers d'utilisateurs Facebook puisque chacun d'entre eux possède en moyenne une centaine d'« amis ». Voy. L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), p. 73. Les propos de L. PAILLER sont particulièrement éclairants lorsqu'il parle du paramètre de confidentialité « amis et leurs amis » : « il donne l'impression d'un réseau relativement clos et sécurisant alors qu'il induit un public d'en moyenne 16.900 personnes si les gens ont une moyenne de 130 amis ».

⁴⁴ Le paramètre de confidentialité « personnalisé » permet soit de partager certains contenus avec des petits groupes de personnes sélectionnés par le titulaire du profil soit de les partager avec tous les amis en excluant certains.

⁴⁵ J.-M. MANACH, *op. cit.* (voy. note 10), pp. 68 et 69 ; L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), pp. 119 et 120.

⁴⁶ S. GILSON, « Liberté d'expression... », *op. cit.* (voy. note 4), p. 5 ; S. GILSON et K. ROSIER, « Quelques aspects de l'influence des technologies sur l'évolution du droit social », in J.-F. HENROTTE et F. JONGEN (dir.), *Pas de droit sans technologie*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 200 ; J.-M. MANACH, *op. cit.* (voy. note 10), p. 69 ; L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), p. 119.

⁴⁷ J.-M. MANACH, *op. cit.* (voy. note 10), p. 38.

⁴² Les paramètres de confidentialité sont « les paramètres d'accessibilité à l'information [que l'internaute] diffuse via son profil Facebook », voy. J.-P. MOINY, *op. cit.* (voy. note 18), p. 243.

la prise de connaissance des publications issues de son profil *Facebook* par son employeur⁴⁸. Les messages et commentaires litigieux avaient été diffusés en libre accès à tous, c'est-à-dire que le paramètre de confidentialité « tout le monde » avait été sélectionné par le travailleur⁴⁹. Dès lors, le tribunal avait déclaré que le titulaire du profil n'était pas autorisé à se prévaloir d'une violation de sa vie privée si un tiers prenait connaissance des publications de sa page personnelle diffusées publiquement ou accessibles aux « amis » et aux « amis des amis »⁵⁰. Sans l'énoncer de manière explicite, cette formulation laisse donc penser que ce ne serait pas le cas si l'accès au profil *Facebook* du travailleur avait été limité aux « amis » uniquement⁵¹.

Dans le même sens, nous pouvons citer un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 3 septembre 2013. Selon la cour, il convient de séparer les contenus issus de la partie privée d'un profil *Facebook* de ceux provenant de la partie publique, car seuls ces derniers sont d'usage public. En effet, la cour a déclaré que lorsque l'auteur publie sur la partie privée de

son profil, il est légitime qu'il s'attende à ce que ceux qui ne sont pas ses « amis » ne puissent pas prendre connaissance ni faire usage de ses publications. Par contre, concernant la partie publique d'un profil, la Cour estime que l'auteur sait que tout le monde peut y avoir accès et qu'il ne peut donc pas s'attendre à ce que des tiers ne prennent pas connaissance ou ne fassent pas usage de ses publications⁵². Étant donné que le profil du travailleur était accessible publiquement à tous les usagers de *Facebook*, la cour a déclaré que la réutilisation de ses propos ne constituait pas une violation de sa vie privée⁵³. Nous pouvons dresser un parallèle avec l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 13 janvier 2015⁵⁴. En l'espèce, la cour du travail de Bruxelles a considéré que, lorsqu'un internaute diffusait des contenus sur la partie publique de sa page *Facebook*, il devait être conscient que toute personne peut y accéder et en prendre connaissance.

Grâce à l'analyse de la jurisprudence, nous remarquons que le paramètre de confidentialité sélectionné par l'internaute peut se montrer déterminant pour qualifier les contenus se trouvant sur sa page personnelle. *A priori*, lorsque l'accès est réservé aux seuls « amis » du titulaire du profil, les publications contenues sur son mur possèderaient un caractère privé. Par contre, s'il opte pour une accessibilité plus élargie – c'est-à-dire également aux « amis de ses amis » – ou totale – donc à

⁴⁸ Trib. trav. Louvain (1^{re} ch. b), 17 novembre 2011, *R.D.T.I.*, 2012, n° 46, p. 79, note K. ROSIER.

⁴⁹ Trib. trav. Louvain (1^{re} ch. b), 17 novembre 2011, *précité*, p. 80. Toutefois, selon le travailleur, son profil *Facebook* était ouvert à ses « amis » et aux « amis des amis » et, par conséquent, pour avoir accès aux propos litigieux, il est nécessaire de posséder un compte *Facebook*.

⁵⁰ Trib. trav. Louvain (1^{re} ch. b), 17 novembre 2011, *précité*, pp. 79 et 83 : « Il n'y a pas de violation du droit au respect de la vie privée du travailleur lorsqu'un employeur prend connaissance de messages publiés par celui-ci sur une page publique de son profil *Facebook*. Il en serait de même si la page n'était pas publique mais accessible non seulement aux amis du titulaire du profil mais également aux amis de ses amis ».

⁵¹ K. ROSIER, « Réflexions sur le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression sur *Facebook* dans le cadre des relations de travail », note sous Cour trav. Bruxelles, 4 mars 2010 ; Trib. trav. Louvain, 17 novembre 2011 ; Trib. trav. Namur, 10 janvier 2011, *R.D.T.I.*, 2012, n° 46, p. 93.

⁵² Cour trav. Bruxelles (3^e ch.), 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 29/2013, n° 1173, p. 497 : « enkel wanneer D. commentaar zou leveren op het privégedeelte van zijn pagina, kan hij verwachten dat niet-vrienden van deze informatie geen kennis kunnen nemen of ervan gebruik maken. Voor het "openbare" gedeelte van zijn pagina geldt dit niet omdat D. weet dat iedereen toegang heeft tot dit openbare gedeelte, en dus niet kan verwachten dat niet-vrienden van deze gegevens geen kennis kunnen nemen of er gebruik van maken ».

⁵³ K. ROSIER, « Licenciement d'un travailleur... », *op. cit.* (voy. note 4), p. 6.

⁵⁴ Bruxelles (14^e ch. corr.), 13 janvier 2015, *précité*, p. 291.

toute personne –, alors de telles publications seraient considérées comme appartenant à la sphère publique.

(iv) Le critère du nombre réduit d'« amis »

En France, un arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2013 se montre particulièrement éclairant en ce qu'il met en avant un critère supplémentaire : celui du nombre restreint de contacts ayant accès à la page personnelle du titulaire du profil *Facebook*. En effet, selon la Cour de cassation de France, lorsque l'accès au profil est « restreint à un petit nombre de personnes agréées par le titulaire », les publications s'y trouvant possèdent un caractère privé et non pas public⁵⁵.

À notre estime, ce critère est particulièrement pertinent. Il est incontestable que donner l'accès aux seules personnes agréées par le titulaire du profil *Facebook* ne suffit pas à conférer à ses publications un caractère privé. Il faut, en plus, que le nombre d'« amis » retenus par le titulaire du profil soit réduit. En effet, si l'internaute accepte n'importe qui comme « ami », l'acceptation d'« amis » ne devient qu'une simple formalité et, dès lors, un tel profil ressort de la sphère publique.

(v) Synthèse des critères pertinents

Au vu des différents critères que nous venons d'analyser, il apparaît clairement que la frontière entre sphère privée et sphère publique n'est pas aisée à tracer. Pour résoudre la question du caractère privé ou public des contenus issus d'une page personnelle d'un réseau social, il est nécessaire d'adopter une approche au cas par cas. En effet, il n'y a pas de solution universelle : il convient d'avoir à chaque fois égard aux circonstances de fait. L'appréciation

doit donc se faire *in concreto*⁵⁶. À première vue, à l'inverse du critère de la conscience ou de l'ignorance de l'auteur, les critères du paramétrage de confidentialité sélectionné et du faible nombre de contacts du titulaire du profil semblent être les plus à même de différencier l'espace privé de l'espace public⁵⁷.

Dès lors, nous proposons de tirer les enseignements suivants :

- Premièrement, si les paramètres de confidentialité sélectionnés par l'internaute sont « tout le monde » ou « amis et leurs amis », même s'il ne possède qu'un nombre restreint d'amis, son profil devrait être considéré comme ayant un caractère public⁵⁸.
- Deuxièmement, si l'accès au profil est conditionné par le fait d'être « ami » avec le titulaire de la page personnelle, mais que ce dernier autorise n'importe quel *quidam* à faire partie de ses contacts, alors les contenus publiés devraient ressortir de la sphère publique.
- Troisièmement, si seuls quelques « amis » en nombre réduit sont agréés par le titulaire du profil *Facebook*, alors un tel profil et

⁵⁶ L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), p. 126.

⁵⁷ S. BALTAZAR et C. VAN OLMEN, « Médias sociaux et droit social : pièges et opportunités – Quel usage peut faire l'employeur des données et propos diffusés par les salariés via les médias sociaux, du recrutement à la fin du contrat ? », in *Social Media : le droit ou l'anarchie ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 169, 170 et 179 ; S. GILSON, « Facebook : ... », *op. cit.* (voy. note 35), p. 4 ; S. GILSON et K. ROSIER, « Quelques aspects... », *op. cit.* (voy. note 46), pp. 192 et 193 ; L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), pp. 124 et 125. En doctrine française, voy. E. ROCHEBLAVE, « Facebook est-il un espace public ou privé ? », consulté le 19 novembre 2016, disponible sur <http://rocheblave.com/avocats/facebook-2/>.

⁵⁸ L. PAILLER, *op. cit.* (voy. note 11), p. 125 : « dès lors, il est évident que le contenu accessible à tout le monde, ou aux amis des amis, sera public car ces catégories exemptes de sélection sont indéterminées et la diffusion imprévisible ».

⁵⁵ Cass. fr. (1^{re} ch.), 10 avril 2013, *R.D.T.I.*, 2013, n° 52, p. 99, note A. CASSART.

les publications y étant diffusées devraient relever de la sphère privée.

Néanmoins, certains auteurs attirent l'attention sur une difficulté probatoire susceptible de se poser concernant les paramètres de confidentialité sélectionnés par l'internaute⁵⁹. Étant donné que, sur *Facebook*, la confidentialité choisie pour les contenus postés peut être modifiée rétroactivement, on en vient à s'interroger sur la manière dont les parties – en matière civile – ou le parquet – en matière pénale – pourraient rapporter la preuve du paramétrage de confidentialité effectivement utilisé au moment de la commission d'une éventuelle infraction⁶⁰.

(vi) Un écueil dans l'appréciation du caractère privé ou public du profil

En France, un arrêt rendu le 13 novembre 2014 par la cour d'appel de Versailles est intéressant en ce qu'il se prononce sur le caractère des messages privés envoyés via *Facebook*⁶¹. En l'espèce, il s'agissait d'un litige entre époux dans le cadre duquel le mari voulait se prémunir, en se ménageant la preuve des conversations *Facebook* que sa femme avait eues avec une personne tierce. L'épouse avait invoqué le caractère déloyal d'un tel mode de preuve. Au vu des paramètres de confidentialité choisis par cette dernière pour configurer sa page personnelle, la cour a estimé que les contenus présents sur son profil *Facebook*

présentaient un caractère public⁶². Dès lors, la cour d'appel de Versailles a admis que les conversations tenues par l'épouse sur *Facebook* soient utilisées comme preuves dans ce litige.

À notre estime, cet arrêt est critiquable en ce qu'il met en lumière une inadéquation totale entre la solution juridique retenue et le contexte factuel à l'origine de celle-ci. Dans cette affaire, l'élément de preuve que souhaitait utiliser l'époux consistait en des conversations *Facebook*. Or, comme l'indique M. Bauer, de telles conversations «peuvent se faire par message privé et ne sont en aucun cas accessibles aux "amis" [...] à moins d'être invités»⁶³. Contrairement aux contenus diffusés sur un profil *Facebook*, le caractère des messages privés sur *Facebook* ne doit pas dépendre des paramètres de confidentialité choisis par l'utilisateur. En effet, les conversations que les utilisateurs entretiennent sur ce réseau social sont par essence privées, c'est-à-dire qu'elles ne sont visibles que des participants à celles-ci. Étant donné que les "amis" d'un utilisateur *Facebook* n'ont pas accès à ses conversations avec les autres utilisateurs, ce n'est pas parce que l'épouse a autorisé l'accès à son profil *Facebook* à toute personne que les conversations qu'elle tient par message privé avec les autres utilisateurs doivent se voir conférer un caractère public comme le reste de son «mur».

En l'espèce, il semblerait donc que la cour d'appel de Versailles ait eu une perception erronée du mode de fonctionnement de *Facebook*, débouchant sur une analyse juridique inadaptée à la situation...

⁵⁹ S. GILSON et K. ROSIER, «La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et l'influence des réseaux sociaux: l'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook?», in K. ROSIER (dir.), *Le droit du travail à l'ère numérique: Les technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail*, Limal, Anthemis, 2011, p. 391.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 391. Voy. également, S. GILSON, «Liberté d'expression...», *op. cit.* (voy. note 4), p. 5.

⁶¹ Versailles, 13 novembre 2014, arrêt n° 13/08736, disponible sur www.lexbase.fr.

⁶² M. BAUER, «Facebook: le meilleur ami de l'époux de la gagnante du loto», le 11 décembre 2014, consulté le 17 novembre 2016, disponible sur <http://michelebaueravocatbordeaux.fr/facebook-meilleur-ami-lepoux-gagnante-au-loto/>.

⁶³ *Ibidem*.

II. LA PREUVE PAR LES RÉSEAUX SOCIAUX

A. Une violation du droit au respect de la vie privée ?

(i) Le réseau social et la loi relative à la vie privée

Nous pouvons brièvement nous interroger sur le lien existant entre la loi du 8 décembre 1992 et l'utilisation des publications présentes sur des réseaux sociaux en tant que preuves, lorsque celles-ci constituent des données personnelles. Une telle utilisation constitue-t-elle un traitement de données à caractère personnel ? La personne procédant à une telle utilisation peut-elle être considérée comme un responsable du traitement ?

Selon la doctrine, la personne consultant des données personnelles issues d'un profil *Facebook* ne fait pas, par elle-même, un traitement au sens de la loi du 8 décembre 1992⁶⁴. Dans cette hypothèse, le traitement est l'acte du titulaire du profil ayant diffusé les données personnelles le concernant⁶⁵. De plus, lorsque l'internaute se contente de consulter les données à caractère personnel diffusées directement par la personne concernée, il s'agit, non pas d'un responsable du traitement, mais d'un

destinataire des données traitées⁶⁶. En effet, cette personne « reçoit la communication de données »⁶⁷. Par contre, si l'internaute, au lieu de se limiter à consulter les données, profite de son autorisation d'accès pour en transmettre le contenu à une autre personne, n'ayant pas accès au profil *Facebook* de la personne concernée, il réalisera alors un nouveau traitement de données à caractère personnel⁶⁸.

(ii) *Quid des attentes raisonnables ?*

La place de plus en plus importante que prennent les réseaux sociaux dans notre quotidien pose la question de la recevabilité des preuves issues de ces derniers^{69 70}.

En application des enseignements dégagés dans la première partie du présent commen-

⁶⁶ S. BALTARZ et C. VAN OLMEN, *op. cit.* (voy. note 57), p. 171 ; S. GILSON et K. ROSIER, « Quelques aspects... », *op. cit.* (voy. note 46), p. 201.

⁶⁷ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016, art. 1^{er}, §7 : « par "destinataire", on entend la personne physique, la personne morale, l'association de fait ou l'administration publique qui reçoit la communication de données, qu'il s'agisse ou non d'un tiers ».

⁶⁸ J.-P. MOINY et Y. POULLET, *op. cit.* (voy. note 22), p. 55 (note de bas de page n° 127).

⁶⁹ K. ROSIER, « Licenciée pour des propos... », *op. cit.* (voy. note 4), p. 5.

⁷⁰ Pour la solution apportée à cette question en France, voy. M. BODIN, « Un message sur un réseau social peut-il servir de preuve ? », le 2 janvier 2014, consulté le 16 novembre 2016, disponible sur <http://www.legavox.fr/blog/maître-muriel-bodin/message-reseau-social-peut-servir-13438.htm#WDQR2IWChIU> et M. CAHEN, « Le droit de la preuve : Facebook fait son entrée », le 21 février 2011, consulté le 27 novembre 2016, disponible sur <http://www.net-iris.fr/blog-juridique/13-murielle-cahen/26594/le-droit-de-la-preuve-facebook-fait-son-entree>. Pour une vision de l'approche aux USA, voy. J.-E. BRIN, « Recevabilité des preuves acquises sur les réseaux sociaux : l'utilisateur a-t-il un droit à la vie privée ? », le 6 avril 2011, consulté le 27 novembre 2016, disponible sur <http://blogs.u-paris10.fr/content/recevabilite%3%A9-des-preuves-acquises-sur-les-reseaux-sociaux-l%E2%80%99utilisateur-t-il-un-droit-%3%A0-la-v>.

⁶⁴ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 telle que modifiée par la loi du 27 avril 2016, *M.B.*, 19 mai 2016, art. 1^{er}, § 2 : « par "traitement", on entend toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel ».

⁶⁵ S. GILSON et K. ROSIER, « Quelques aspects... », *op. cit.* (voy. note 46), p. 201.

taire, une manière de résoudre cette question serait de considérer que les éléments de preuve glanés sur un profil de réseau social considéré comme public sont licites. Dans le cas contraire, si le profil relève de la sphère privée, la preuve rapportée grâce à ce dernier serait illicite en ce qu'elle porte atteinte au respect de la vie privée.

Néanmoins, une telle vision des choses se doit d'être nuancée. D'une part, rappelons qu'il est évident que ce n'est pas parce qu'une personne a paramétré son profil *Facebook* en accès public que cela signifie pour autant qu'elle consent à la réutilisation de ses données. Par conséquent, il convient de prêter attention au fait que le caractère public conféré aux publications issues d'un compte de réseau social ne donne pas forcément le feu vert pour faire n'importe quel usage des données des internautes. D'autre part, d'aucuns soulignent que, bien qu'un contenu diffusé sur Internet ne puisse plus vraiment être considéré comme privé, il n'empêche que, par cet acte, l'internaute n'a pas pour autant totalement renoncé au respect de sa vie privée⁷¹. En effet, s'est développée, au sein des réseaux sociaux, une notion de «vie privée en réseau» signifiant qu'une information garde son caractère privé tant qu'elle demeure entre les «amis» auxquels l'internaute l'a dévoilée⁷².

Notons que dans un arrêt *Bigaeva c. Grèce* du 28 mai 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que le droit à la «vie privée sociale» était une composante de l'article 8 de la Convention. Ce droit à la «vie privée sociale» offre «la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale [...] ; la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables»⁷³.

Et si, comme l'a à maintes reprises répété la cour, la Convention européenne des droits de l'homme «doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui»⁷⁴, la notion de «vie privée» doit également évoluer avec les mœurs actuelles.

À notre estime, il serait dès lors possible de considérer que «le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables»⁷⁵ recouvre, dans l'ère numérique caractérisant le 21^e siècle, le droit pour les internautes de nouer des contacts avec d'autres sur les réseaux sociaux. Par ailleurs, en doctrine, des auteurs parlent d'une évolution du concept de vie privée en indiquant que ces réseaux «mettent en œuvre la problématique de la "vie privée partagée"»⁷⁶. Comme l'a déclaré le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'homme «s'applique aussi bien en ligne que hors ligne» et «les États membres du Conseil de l'Europe sont soumis à des obligations négatives et positives qui leur imposent de respecter, de protéger et de promouvoir les droits de l'homme et les libertés fondamentales sur internet»⁷⁷. Il en découle que le droit au respect de la vie privée est de mise sur Internet et, *de facto*, aussi sur les réseaux sociaux.

Il apparaît par conséquent judicieux d'ajouter, à ce raisonnement, le critère des attentes raison-

eur. D.H. (2^e sect.), 19 octobre 2010, arrêt *Ozpınar c. Turquie*, req. n° 20999/04, § 45.

⁷⁴ Voy., entre autres, Cour eur. D.H., 13 juin 1979, arrêt *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 41.

⁷⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, le 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, § 29.

⁷⁶ S. GILSON et K. ROSIER, «Quelques aspects...», *op. cit.* (voy. note 46), p. 177.

⁷⁷ Recommandation CM/Rec(2016)5 du Comité des ministres aux États membres sur la liberté d'internet, adoptée par le Comité des ministres le 13 avril 2016 lors de la 1253^e réunion des Délégués des ministres, § 1^{er}, disponible sur https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415d8.

⁷¹ J.-M. MANACH, *op. cit.* (voy. note 10), p. 69.

⁷² *Ibid.*, p. 69.

⁷³ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), 28 mai 2009, arrêt *Bigaeva c. Grèce*, req. n° 26713/05, § 22. Voy. également Cour

nables. La question à se poser est la suivante : Peut-on raisonnablement s'attendre à ce que notre vie privée soit protégée quand nous diffusons du contenu touchant à des données personnelles sur les réseaux sociaux ?

C'est par un arrêt du 9 septembre 2008 que la Cour de cassation a consacré, en droit belge, ce test de l'attente raisonnable du droit au respect de la vie privée. Selon la Haute juridiction, lorsque le juge s'interroge sur l'utilisation d'une preuve obtenue en violation de la vie privée, il « est tenu d'inclure dans son jugement le critère de l'attente raisonnable du respect de la vie privée »⁷⁸. Pour ce faire, le juge doit tenir compte des circonstances de fait et jouira, par conséquent, d'un grand pouvoir d'appréciation⁷⁹.

Une application de la théorie des attentes raisonnables, dans le cadre des réseaux sociaux, amène à la solution suivante : si la personne concernée diffuse, d'elle-même, des données à caractère personnel la concernant en autorisant l'accès à tous, alors elle ne peut pas raisonnablement s'attendre à la protection de sa vie privée et perd son droit de l'invoquer⁸⁰. Dès lors, nous pouvons considérer que si les paramètres « tout le monde », « amis et leurs amis » et « amis » avec un grand nombre de contacts sont sélectionnés par l'internaute, il ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les données le concernant demeurent

privées⁸¹. Il ne peut donc pas y avoir d'ingérence dans sa vie privée⁸². *A contrario*, si l'internaute restreint l'accès à son profil à ses seuls « amis », préalablement agréés en nombre réduit, il peut légitimement s'attendre à ce que les informations qu'il diffuse restent privées et il pourrait alors invoquer une violation du droit au respect de sa vie privée en cas d'utilisation ultérieure de ses données personnelles. Nous pouvons, dès lors, remarquer que l'application de cette théorie aboutit au même résultat que les enseignements que nous avons précédemment tirés de la jurisprudence.

B. La recevabilité de la preuve irrégulière

(i) La jurisprudence « Antigoon »

Pour qu'une preuve soit licite, il faut qu'elle ait été recueillie dans le respect de la loi⁸³. Comme nous l'avons indiqué précédemment, on peut considérer que la preuve glanée sur un profil ressortant de la sphère publique est licite tandis que celle obtenue sur un profil considéré comme privé est illicite au regard du droit à la vie privée.

⁷⁸ Cass., 9 septembre 2008, R.G. n° P.08.0276.N, disponible sur www.juridat.be. Pour un commentaire complet de cet arrêt et du critère des attentes raisonnables en matière de droit au respect de la vie privée, voy. F. RAEPSAET, « Les attentes raisonnables en matière de vie privée », *J.T.T.*, 2011/10, pp. 145 à 158.

⁷⁹ F. RAEPSAET, « Les attentes raisonnables... », *op. cit.* (voy. note 78), pp. 145 et 146.

⁸⁰ S. BALTARZAR et C. VAN OLMEN, *op. cit.* (voy. note 57), p. 169 ; S. GILSON et K. ROSIER, « Quelques aspects... », *op. cit.* (voy. note 46), p. 203 ; K. ROSIER, « Réflexions sur le droit au respect de la vie privée... », *op. cit.* (voy. note 51), pp. 97 et 98.

⁸¹ S. GILSON et K. ROSIER, « Quelques aspects... », *op. cit.* (voy. note 46), p. 202 ; K. ROSIER, « Réflexions sur le droit au respect de la vie privée... », *op. cit.* (voy. note 51), pp. 97 et 98. Voy. également F. RAEPSAET, « Facebook : vie privée (partagée) des travailleurs ? », consulté le 27 novembre 2016, disponible sur <http://secteurpublic.ifebelux.com/2014/03/04/facebook-vie-privée-partagée-des-travailleurs/> : « À défaut d'avoir paramétré et suffisamment limité l'accès aux messages qu'il place sur Facebook, il sera considéré que le travailleur ne peut raisonnablement s'attendre à la protection du droit au respect de sa vie privée (et à la protection de ses données à caractère personnel) ».

⁸² F. RAEPSAET, « Les attentes raisonnables... », *op. cit.* (voy. note 78), p. 146.

⁸³ S. BALTARZAR et C. VAN OLMEN, *op. cit.* (voy. note 57), p. 183 ; I. BEKHOUCHE et N. COLETTE-BASECOZ, « Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale », in B. FOSSEPREZ et A. PÜTZ, *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthémis, 2013/3, p. 9.

Néanmoins, par un arrêt un 14 octobre 2003 (plus généralement connu sous le nom de «jurisprudence *Antigoon*»), la Cour de cassation est venue sonner le glas de l'écartement systématique des preuves recueillies illicitement en matière pénale⁸⁴. La Haute juridiction a en effet posé le principe de l'admissibilité par les juges des preuves irrégulières, excepté dans trois hypothèses où il doit y avoir un rejet automatique⁸⁵. Les trois cas d'exclusion dégagés par la jurisprudence «*Antigoon*» ont été ancrés dans la loi du 24 octobre 2013⁸⁶. Celle-ci a ajouté un article 32 au titre préliminaire du Code de procédure pénale. Il en

résulte que la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement est limitée aux hypothèses suivantes :

- le non-respect de conditions formelles prescrites à peine de nullité ;
- l'atteinte à la fiabilité de la preuve ;
- un usage de la preuve contraire au droit à un procès équitable⁸⁷.

L'application de ces trois critères en matière civile suscite de nombreuses controverses tant en doctrine qu'en jurisprudence⁸⁸. À première vue, un arrêt rendu le 10 mars 2008 par la Cour de cassation paraît faire avancer ce débat⁸⁹. Dans cet arrêt, la Cour admet la recevabilité d'une preuve irrégulière, en matière civile, selon les conditions de la jurisprudence *Antigoon*⁹⁰. Toutefois, cette prise de position de la Cour de cassation a, au final, ravivé la contro-

⁸⁴ Cass., 14 octobre 2003, *R.C.J.B.*, 2004/4, p. 405, note F. KUTY : «La circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement : soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ; soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ; soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable ». Il est à noter que l'arrêt «*Manon*» de la Cour de cassation, rendu également en matière pénale, est venu confirmer la jurisprudence *Antigoon* en 2005, voy. Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211.

⁸⁵ D. MOUGENOT, «L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles», *Pli juridique*, 2011/16, pp. 7 et 8 ; K. ROSIER, «Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée», in *Chronique de jurisprudence : Libertés et société de l'information*, *R.D.T.I.*, n° 59-60/2015, pp. 112 et 113, n° 206 ; D. VANDERMEERSCH, «La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale», in C. GUILLAIN et L. KENNES (coord.), *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 7 et 8.

⁸⁶ Précisons toutefois qu'en 2004 un premier ancrage légal avait déjà été opéré. Voy. loi du 9 décembre 2004 sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 24 décembre 2004, art. 13. Sur le sujet, voy. I. BEKHOUCHE et N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.* (voy. note 83), pp. 28 et 29 ; N. COLETTE-BASECQZ, «Nullité de la preuve en matière pénale : quoi de neuf», *Pli Juridique*, 32/2015, pp. 38 à 39.

⁸⁷ Titre préliminaire C.P.P., art. 32 : «La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si : le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ; l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ; l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable». Pour plus d'informations quant à ces trois critères illustrés par des exemples, voy. I. BEKHOUCHE et N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.* (voy. note 83), pp. 11 à 15 ; N. COLETTE-BASECQZ, «Nullité de la preuve...», *op. cit.* (voy. note 86), pp. 32 à 33.

⁸⁸ S. GILSON, «*Antigoon* et *Manon* inapplicables en matière civile?», *B.S.J.*, 2013/495, p. 1. Pour une vision plus détaillée de cette controverse sur l'application de la jurisprudence «*Antigoon*» en matière civile, voy. D. MOUGENOT, «L'appréciation des preuves...», *op. cit.* (voy. note 85), pp. 8 à 11 ; D. MOUGENOT, «*Antigoon* au milieu du gué : le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile», in C. DELFORGE, *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, coll. UB3, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 139 à 147 ; K. ROSIER, «Droit social et recevabilité de la preuve : quelques réflexions sur l'évolution de la jurisprudence en la matière», in B. FOSSEPREZ et A. PUTZ, *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthémis, 2013/3, pp. 47 à 51.

⁸⁹ D. MOUGENOT, «L'appréciation des preuves...», *op. cit.* (voy. note 85), p. 9.

⁹⁰ Cass. (3^e ch.), 10 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KÉFER.

JURISPRUDENCE

verse de l'admissibilité des preuves irrégulières au civil. D'une part, la doctrine⁹¹ a beaucoup critiqué cet arrêt estimant qu'il s'agissait en l'espèce d'une sanction administrative appliquée au civil et qu'il se situait «dans une matière d'ordre public, de nature quasi pénale»⁹². D'autre part, dans un arrêt du 7 février 2013, la cour du travail de Bruxelles a considéré que les critères *Antigoon* ne pouvaient pas être appliqués en matière civile puisque les propos de la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 mars 2008 concernaient en fait le pénal⁹³.

Malgré ces controverses, après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008, les juridictions du fond ont eu tendance à appliquer les critères *Antigoon* également en matière civile sans marquer de différence entre les matières relevant de l'ordre public et celles ressortant de l'ordre privé⁹⁴. Soulignons néanmoins que la cour du travail de Bruxelles a ultérieurement prêté attention à cette distinction dans l'arrêt du 7 février 2013 et paraît estimer que la jurisprudence *Antigoon* serait uniquement d'application dans les matières d'ordre public⁹⁵.

Par conséquent, la question de l'admissibilité des preuves irrégulières au civil reste encore obscure...

Dans la jurisprudence que nous avons précédemment étudiée, il a été fait application de cette jurisprudence «*Antigoon*» sur la recevabilité de la preuve irrégulière. D'une part, dans l'arrêt rendu le 3 septembre 2013, la cour du travail de Bruxelles a jugé qu'en l'espèce aucune des trois hypothèses de rejet automatique dégagée par la Cour de cassation dans sa jurisprudence *Antigoon* ne trouvaient à s'appliquer⁹⁶. Par conséquent, bien que la preuve rapportée était entachée d'une irrégularité, la Cour a néanmoins admis sa recevabilité. D'autre part, dans le jugement rendu par le tribunal du travail de Namur en date du 10 janvier 2011, mention était également faite des critères *Antigoon*. En l'espèce, l'accès au profil de la travailleuse était restreint et l'employeur avait pu y accéder grâce à une collègue qui était autorisée⁹⁷. Le tribunal a considéré la preuve comme régulière mais a toutefois indiqué que, même si elle possédait un caractère irrégulier, elle serait susceptible d'être quand même prise en compte par le juge selon la jurisprudence *Antigoon*⁹⁸.

La cour d'appel de Liège a tenu un raisonnement similaire dans l'arrêt commenté. En première instance, le tribunal correctionnel de Liège avait refusé que les photos extraites de *Facebook* soient utilisées dans le cadre de

⁹¹ Voy., entre autres, S. GILSON et K. ROSIER, «La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore», commentaire sous Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Lee Davies c. Belgique*, le 28 juillet 2009, req. n° 18704/05, *Chron. D.S.*, pp. 290 à 291; D. MOUGENOT, «L'appréciation des preuves...», *op. cit.* (voy. note 85), p. 10; K. ROSIER, «Droit social et recevabilité de la preuve...», *op. cit.* (voy. note 88), p. 48.

⁹² D. MOUGENOT, «L'appréciation des preuves...», *op. cit.* (voy. note 85), p. 10. Dans le même sens, D. MOUGENOT, «Antigone au milieu du gué...», *op. cit.* (voy. note 88), p. 143.

⁹³ Cour trav. Bruxelles, 7 février 2013, R.G. n° 2012/AR/1115, cité par S. GILSON, «*Antigoon* et *Manon*...», *op. cit.* (voy. note 88), p. 1. Sur cet arrêt, voy. aussi D. MOUGENOT, «Antigone au milieu du gué...», *op. cit.* (voy. note 88), p. 146; K. ROSIER, «Usage des technologies...», *op. cit.* (voy. note 85), p. 113; K. ROSIER, «Droit social et recevabilité de la preuve...», *op. cit.* (voy. note 88), pp. 49 et 50.

⁹⁴ D. MOUGENOT, «Antigone au milieu du gué...», *op. cit.* (voy. note 88), p. 145.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 146.

⁹⁶ Cour trav. Bruxelles (3^e ch.), 3 septembre 2013, *précité*, p. 497: «*Bij het verkrijgen van het bewijs van de dringende reden waarop de n.v. zich wenst te beroepen, werd op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm miskend en wordt niet aangetoond of zelfs aannemelijk gemaakt dat de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in het gedrang kan worden gebracht*».

⁹⁷ K. ROSIER, «Réflexions sur le droit au respect de la vie privée...», *op. cit.* (voy. note 51), p. 92.

⁹⁸ K. ROSIER, «Licenciée pour des propos...», *op. cit.* (voy. note 4), p. 5.

l'expertise. Il avait ordonné qu'elles soient écartées des débats. En effet, le juge avait considéré que «celles-ci ne contribuent pas à l'appréciation de l'étendue du dommage allégué dès lors qu'elles sont subjectives, clichant une situation instantanée qui est sortie de son contexte, et qu'elles échappent à toute rigueur scientifique»⁹⁹. Suite au jugement rendu par le tribunal correctionnel de Liège, le prévenu a interjeté appel. La cour d'appel de Liège lui a donné raison en acceptant que les photos provenant de la page personnelle *Facebook* de la victime de l'agression soient utilisées afin d'apprécier le dommage qu'elle avait subi.

En l'occurrence, la cour a estimé qu'une telle utilisation ne constituait ni une violation de la vie privée de la victime, ni une violation de son droit à l'image. D'une part, à propos de la loi du 8 décembre 1992, la cour a indiqué que le prévenu souhaitait faire usage des photos litigieuses «dans le cadre d'une procédure judiciaire qui l'oppose à la partie civile»¹⁰⁰. Dès lors, la Cour a estimé que le prévenu avait agi «à des fins exclusivement personnelles, de telle sorte que la loi du 8 décembre 1992 ne s'applique pas, conformément à son article 3 §2»¹⁰¹. D'autre part, concernant le droit à l'image, la cour a relevé que «la plupart des photos ont été mises par la partie civile elle-même sur son compte «*Facebook*», permettant ainsi l'accès à un grand nombre de personnes dont elle acceptait l'anonymat et parmi lesquelles se trouve le prévenu»¹⁰². Par conséquent, la cour d'appel de Liège a déclaré que l'utilisation des

photos de la victime, dans le cadre de l'expertise, était légale. Elle a ajouté que, même si elle était illégale, ce ne serait pas une raison pour les écarter du débat selon la jurisprudence «*Antigoon*»¹⁰³.

Il convient de noter qu'en l'espèce la cour d'appel de Liège a tenu compte de deux éléments particuliers pour se prononcer : d'une part, le fait que la victime ait diffusé lesdites photos de sa propre initiative et, d'autre part, la circonstance qu'elle en a autorisé l'accès à un grand nombre de personnes (dont le prévenu). Cette circonstance laisse donc penser que l'usage des photos, en vue de réduire l'indemnisation due, n'aurait pas été autorisé si elles avaient été publiées par autrui ou si leur accès avait été restreint à un cercle réduit de personnes.

Il est également important de prêter attention aux circonstances particulières de cet arrêt de la cour d'appel de Liège¹⁰⁴. La question de l'utilisation des contenus issus de réseaux sociaux s'est posée concernant l'évaluation du dommage subi par la victime. Ainsi, bien que cette question ait surgi dans le cadre d'une procédure pendante devant les juridictions correctionnelles, c'est bien dans le cadre de son délibéré sur l'action civile que la cour d'appel a été amenée à trancher celle-ci.

(ii) *Quid de la place du droit au respect de la vie privée au regard des critères Antigoon?*

À la lecture des critères «*Antigoon*», nous constatons que la violation du droit au respect de la vie privée d'autrui ne fait pas partie des hypothèses d'écarterement automatique

⁹⁹ Liège (8^e ch. corr.), 16 février 2016, précité.

¹⁰⁰ Liège (8^e ch. corr.), 16 février 2016, précité.

¹⁰¹ Liège (8^e ch. corr.), 16 février 2016, précité. À noter que, dans le cadre de cet arrêt, la cour d'appel de Liège n'a pas jugé utile de se pencher sur la question de savoir si les photos en cause constituaient des «données à caractère personnel», ni sur celle de savoir si l'utilisation de telles photos dans le cadre de l'expertise vaut «traitement de données» au sens de la loi du 8 décembre 1992.

¹⁰² Liège (8^e ch. corr.), 16 février 2016, précité.

¹⁰³ Liège (8^e ch. corr.), 16 février 2016, précité : «dès lors qu'aucune forme prescrite à peine de nullité n'a été violée, que l'irrégularité ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable et que la fiabilité de la preuve n'est pas affectée par la prétendue irrégularité».

¹⁰⁴ À cet égard, nous tenons à remercier Me Jean-Pierre Jacques pour les précieux renseignements fournis.

JURISPRUDENCE

de la preuve irrégulière. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a, à de nombreuses reprises, rappelé qu'une preuve collectée «en méconnaissance du droit au respect à la vie privée n'est pas nécessairement incompatible avec le droit à un procès équitable»¹⁰⁵.

Par un arrêt *Lee Davies c. Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'approuver la jurisprudence *Antigoon* à l'aune de l'article 6 de la Convention¹⁰⁶. Après avoir indiqué qu'il ne lui revenait pas de se prononcer sur l'admissibilité des preuves – question dévolue au droit interne –¹⁰⁷, elle a précisé qu'elle se devait uniquement d'examiner si l'ensemble de la procédure avait été équitable¹⁰⁸. À cette fin, il est nécessaire que les

droits de la défense aient été respectés. La Cour considère qu'ils ont adéquatement été garantis notamment dans les circonstances suivantes: si le requérant a eu l'occasion de contester l'authenticité de l'élément de preuve; s'il a pu refuser l'utilisation de l'élément de preuve contesté; et si les circonstances entourant la collecte de l'élément de preuve ne permettent pas de remettre en cause sa fiabilité ou son exactitude¹⁰⁹. Dans l'affaire *Lee Davies*, la Cour a constaté que ces diverses possibilités s'étaient offertes au requérant et que la procédure s'était donc déroulée dans le respect de l'article 6 de la Convention¹¹⁰.

Quant à la Cour constitutionnelle, elle a été amenée à se prononcer, dans un arrêt du 22 décembre 2010, sur le sort à donner à une preuve irrégulière, obtenue en violation du droit au respect de la vie privée. Elle a estimé que l'irrégularité d'une telle preuve ne faisait pas automatiquement obstacle à son admissibilité par le juge: «la circonstance qu'une preuve obtenue en méconnaissance d'une disposition légale visant à garantir le droit au respect de la vie privée n'est pas automatiquement nulle ne viole pas en soi le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme»¹¹¹.

¹⁰⁵ I. BEKHOUCHÉ ET N. COLETTE-BASECOZ, *op. cit.* (voy. note 83), p. 28. Les auteurs citent notamment les arrêts suivants: Cour eur. D.H., 1^{er} mars 2007, arrêt *Heglas c. République tchèque*, req. n° 5935/02; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, arrêt *Bykov c. Russie*, req. n° 4378/02; Cour eur. D.H., 12 mai 2000, arrêt *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97. Voy. également N. COLETTE-BASECOZ, «L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable: la jurisprudence "Antigoon" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme», note sous Cour eur. D.H. (2^e sect.), 28 juillet 2009, arrêt *Lee Davis c. Belgique*, req. n° 18704/05, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 330 et 331.

¹⁰⁶ I. BEKHOUCHÉ ET N. COLETTE-BASECOZ, *op. cit.* (voy. note 83), pp. 26 et 27; S. GILSON ET K. ROSIER, «La preuve irrégulière...», *op. cit.* (voy. note 91), p. 289. Pour un commentaire complet de l'arrêt, voy. N. COLETTE-BASECOZ, «L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable...», *op. cit.* (voy. note 105), pp. 324 à 335.

¹⁰⁷ Cour eur. D.H. (2^e sect.), 28 juillet 2009, arrêt *Lee Davies c. Belgique*, req. n° 18704/05, §§ 40 et 41: «Si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne [...]. La Cour n'a donc pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines catégories d'éléments de preuve [...]».

¹⁰⁸ Cour eur. D.H. (2^e sect.), 28 juillet 2009, arrêt *Lee Davies c. Belgique*, req. n° 18704/05, § 41: «[...] Elle doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les

éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'"illégalité" en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation».

¹⁰⁹ Cour eur. D.H. (2^e sect.), 28 juillet 2009, arrêt *Lee Davies c. Belgique*, req. n° 18704/05, § 42.

¹¹⁰ Cour eur. D.H. (2^e sect.), 28 juillet 2009, arrêt *Lee Davies c. Belgique*, req. n° 18704/05, §§ 53 et 54.

¹¹¹ Cour const., 22 décembre 2010, arrêt n° 158/2010, point B.6.4., disponible sur www.const-court.be. La Cour constitutionnelle a réaffirmé ce principe dans un arrêt ultérieur du 27 juillet 2011. Voy. Cour const., 27 juillet 2011, arrêt n° 139/2011, point B.6.4., disponible sur www.const-court.be.

Alors que le non-respect du droit à un procès équitable est pris en compte dans le rejet des preuves irrégulières, on peut s'interroger sur la raison qui fait qu'il n'en va pas de même de la violation du droit à la vie privée. S'agissant de deux droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, nous ne voyons pas ce qui pourrait justifier que l'un se voit accorder plus d'importance que l'autre¹¹². Nous regrettons que la jurisprudence *Antigoon* et sa consécration légale dans la loi du 24 octobre 2013 déforcent ainsi le droit fondamental au respect de la vie privée.

CONCLUSION

Au terme de notre réflexion, nous ne pouvons que constater l'importance grandissante du rôle que jouent les réseaux sociaux dans l'établissement de la preuve devant les cours et tribunaux. Il est indéniable que les réseaux sociaux facilitent fortement la charge de la preuve et que de plus en plus de personnes sont séduites par le recours à ceux-ci pour recueillir des éléments probants à opposer à leur adversaire. En effet, ces plateformes

constituent une base de données gigantesque dans laquelle il est possible de trouver moult informations qui, auparavant, étaient gardées à l'abri des regards indiscrets.

Nous avons également pu remarquer que la doctrine et la jurisprudence admettent rarement que des contenus publiés sur les réseaux sociaux puissent se voir conférer un caractère privé. Bien que la grande majorité des éléments postés sur ces réseaux soient considérés comme publics, ce n'est toutefois pas le cas de la totalité de ceux-ci. En l'état actuel de la jurisprudence belge, le critère pertinent pour tracer la frontière entre sphère privée et sphère publique est celui de l'accès réservé à un nombre d'amis réduit. Si le titulaire de la page personnelle a autorisé l'accès à celle-ci à ses seuls «amis», elle possédera un caractère privé à condition que le nombre de contacts de l'internaute soit relativement restreint. Par contre, un profil *Facebook* paramétré avec un accès plus ouvert (totalement public, «amis et leurs amis» ou «amis» avec un nombre conséquent de contacts) relèvera de la sphère publique. Il découle de cette distinction que la preuve issue d'un profil public sera licite tandis que celle récoltée sur un profil privé sera illicite.

Toutefois, en Belgique, cette conséquence n'a que peu d'importance depuis que la Cour de cassation a consacré la recevabilité des preuves irrégulières par son arrêt *Antigoon* et que cette jurisprudence a reçu un ancrage légal. Il s'ensuit qu'à moins de rentrer dans l'un des trois cas d'exclusion précédemment énoncés, une preuve, même illicite, peut être prise en compte par le juge dans son délibéré. La circonstance que le profil *Facebook* soit un espace privé, et non public, ne fait dès lors pas obstacle, sous réserve des trois cas d'exclusion mentionnés, à l'utilisation des publications issues de ce profil comme preuves en justice. Nous avons observé à cet égard que la jurisprudence est plutôt encline à déclarer recevables

¹¹² Dans le même sens, voy. N. COLETTE-BASECOZ, «L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable...», *op. cit.* (voy. note 105), pp. 333 à 335. Au Canada, le principe du régime de la recevabilité de la preuve veut que toutes les preuves pertinentes soient recevables, sauf si deux conditions cumulatives sont remplies: lorsqu'il y a atteinte aux droits et libertés fondamentaux et lorsque l'utilisation d'une telle preuve crée une déconsidération de l'administration de la justice. Contrairement à la jurisprudence *Antigoon* applicable en Belgique, il n'y a donc pas de différence de traitement, au Canada, entre les différents droits et libertés fondamentaux. Voy. G. CHAMBERLAND (avec la coll. de J.-P. BERNIER), «Les médias sociaux: quand le tribunal déclare la preuve irrecevable», *Le droit de savoir: travail et emploi*, février 2017, consulté le 1^{er} septembre 2017, disponible sur http://www.lavery.ca/DATA/PUBLICATION/2995_fr~v~les-medias-sociaux-quand-le-tribunal-declare-la-preuve-irrecevable.pdf.

JURISPRUDENCE

les preuves collectées en violation du droit à la vie privée... Une abondante jurisprudence existe déjà en droit du travail. Pour sa part, l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 16 février

2016 semble étendre cette jurisprudence à l'utilisation de photos issues de *Facebook* en matière de responsabilité civile.

Alejandra MICHEL